
Datum: 05.10.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-4 U 64/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:1005.I4U64.10.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 012 O 595/09

Tenor:

Unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird auf die Beru-fung der Klägerin das am 22. März 2010 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster teilweise abgeändert.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden zu 1/6 der Klägerin und zu 5/6 dem Beklagten auferlegt. Die Kosten der zweiten Instanz werden zu 1/5 der Klägerin und zu 4/5 dem Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e

A.

Die Klägerin hat den Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit wegen zweier Werbeanzeigen mit den Inhalten "Ihre Nr. 1 im Münsterland" und "(...) Bis zu 26 € pro Gramm Gold" auf Unterlassung sowie auf Zahlung von jeweils 651,80 € Abmahnkosten in Anspruch genommen. Die vorherigen Abmahnungen vom 04.08. und 11.08.2009 (jeweils per Einschreiben/Rückschein und per Einwurfschreiben) sind von Seiten des Beklagten nicht angenommen worden ("Annahme verweigert"). Mit seinen Klageerwiderungen in Bezug auf beide Gegenstände hat der Beklagte nunmehr Drittunterwerfungen bzw.

1

2

3

Abschlusserklärungen vorgelegt. Daraufhin haben die Parteien den Rechtsstreit wegen der Unterlassungsbegehren übereinstimmend für erledigt erklärt. Gestritten wird nunmehr um die geltend gemachten Abmahnkosten sowie im Rahmen von § 91 a ZPO um die Verfahrenskosten.

Wegen des näheren Sachverhalts und der genauen Zeitfolgen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. In den Gründen zu B. wird auf diese im Einzelnen zurückgekommen. 4

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von (einmal) 651,80 € verurteilt, die Klage im Übrigen (bezüglich der weiteren Abmahnkosten) abgewiesen und die Kosten des Rechtsstreits insgesamt der Klägerin auferlegt. 5

Es hat die geltend gemachten Abmahnkosten für die Abmahnungen vom 04. und 11.08.2009 hinsichtlich der Werbung "(...) Bis zu 26 € pro Gramm Gold" zugesprochen, da diese berechtigt gewesen und auch noch vor der Dritunterwerfung des Beklagten vom 17.08.2009 erfolgt seien, so dass der Unterlassungsanspruch der Klägerin noch bestanden habe. 6

Einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Abmahnkosten hinsichtlich der Werbung "Ihre Nr. 1 im Münsterland" hat das Landgericht mit der Begründung verneint, dass die Wiederholungsgefahr bereits zur Zeit der Abmahnungen infolge der Abschlusserklärung vom 20.07.2009 entfallen gewesen sei. Ein Anspruch folge auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Aufklärungspflichtverletzung. Durch den erfolgten Wegfall der Wiederholungsgefahr sei das durch eine berechtigte Abmahnung ausgelöste gesetzliche Schuldverhältnis beendet gewesen, so dass in der Annahmeverweigerung eine den Schaden kausal auslösende Pflichtverletzung nicht zu sehen sei. 7

Die Kosten des Rechtsstreits seien nach § 91 a ZPO der Klägerin aufzuerlegen gewesen, da sie mit der Klage in der Hauptsache unterlegen gewesen wäre. Durch die fraglichen Abschlusserklärungen sei jeweils die Wiederholungsgefahr für die streitgegenständlichen Unterlassungsansprüche vor Anhängigkeit der Klagen am 04.12.2009 entfallen, so dass die Klagen in der Hauptsache unbegründet gewesen seien. Die Kammer lasse offen, ob der Klägerin gegenüber dem Beklagten ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch wegen eines unterlassenen Hinweises des Beklagten auf die entfallene Wiederholungsgefahr zustehe. Dies könne ohne weiteren umfangreichen Parteienvortrag nicht geklärt werden. Der Beklagte habe einen rechtswirksamen Zugang der Abmahnungen unter Hinweis darauf bestritten, dass die Annahmeverweigerungen durch einen Empfangsboten erfolgt seien, was den Zugang hindern würde. Auch scheide insoweit eine Überbürdung der Kosten auf den Beklagten nach § 269 III 2 ZPO aus. Ein möglicher materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch könne hierbei nicht berücksichtigt werden. 8

Die Klägerin wehrt sich hiergegen mit ihrer Berufung. Sie meint, das Landgericht habe einen Ersatz der Rechtsanwaltskosten bezüglich der Abmahnungen hinsichtlich der Werbung "Ihre Nr. 1 im Münsterland" zu Unrecht verneint. Durch seine Annahmeverweigerungen habe der Beklagte ohne weiteres gegen Treu und Glauben und mithin gegen seine Aufklärungspflicht verstoßen. Hätte der Beklagte ihre Abmahnung erhalten, hätte er sie auf die bereits abgegebene Unterlassungs-/Verpflichtungserklärung hinweisen müssen. Infolgedessen habe keine ordnungsgemäße Zustellung an ihn erfolgen können. Der Beklagte habe insoweit Anlass zur Klage gegeben. Unter Berücksichtigung dessen seien ihm auch die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Der Beklagte habe keineswegs substantiiert dargelegt, dass eine berechtigte Verweigerung durch einen Empfangsboten erfolgt sei. Die Abmahnung sei ihm unter seiner Geschäftsadresse zugestellt worden. Die Verweigerung der Zustellungen durch 9

den Beklagten sei rechtsmissbräuchlich gewesen. Dass ein irgendwie gearteter Empfangsbote tätig gewesen sein könne, sei nicht substantiiert dargetan. Es sei auch in keiner Weise nachvollziehbar, dass angebliche Abmahnungen durch einen Empfangsboten in berechtigter Weise hätten zurückgewiesen werden dürfen. Dies könne nur vor dem Hintergrund erfolgt sein, dass der Beklagte genau gewusst habe, dass eine Zustellung von Abmahnungen erfolgen werde.

Die Klägerin beantragt (nach entsprechender Klarstellung im Senatstermin), 10

das Urteil teilweise abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an sie weitere 651,80 € 11
nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem
19.12.2009 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, 12

die Berufung zurückzuweisen. 13

Er verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Die Abmahnungen hinsichtlich der 14
Aussage "Ihre Nr. 1 im Münsterland" seien unberechtigt gewesen. Die Wiederholungsgefahr
sei vor der Abmahnung der Klägerin vom 04.08.2009 aufgrund der zuvor abgegebenen
Abschlusserklärung vom 20.07.2009 entfallen. Damit habe zum Zeitpunkt der Abmahnung
kein Unterlassungsanspruch mehr bestanden, so dass die Abmahnung unberechtigt gewesen
sei, was ebenso bei erfolgreicher Zustellung der Fall gewesen wäre. Soweit die Klägerin
aufgrund des nicht erfolgten Zugangs der Abmahnung eine Verletzung einer
Aufklärungspflicht rüge und deshalb die Kosten des Verfahrens ihm auferlegen wolle, sei
anzumerken, dass die Klägerin hierfür beweisbelastet sei. Da die Klägerin in der Hauptsache
unterlegen gewesen wäre, sei die Kostenentscheidung des Landgerichts nicht zu
beanstanden.

B. 15

Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet. Soweit abändernd die Zahlung 16
weiterer Abmahnkosten in Höhe von 651,80 € begehrt wird (in Bezug auf die Abmahnung
betr. "Ihre Nr. 1 im Münsterland"), ist sie unbegründet. Hinsichtlich der Kostenentscheidung
ist sie teilweise begründet (nämlich was die Kostenentscheidung gemäß § 91 a ZPO angeht
in Bezug auf die zunächst auch geltend gemachten Unterlassungsansprüche) und führt, wie
tenoriert zu einer überwiegenden Kostenverteilung zu Lasten des Beklagten.

I. 17

Die Klage in Bezug auf die Abmahnkosten hinsichtlich der Werbung "Ihre Nr. 1 im 18
Münsterland" ist in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Landgerichts unbegründet. Es
besteht kein solcher Zahlungsanspruch aus § 12 II UWG noch aus anderen Rechtsgründen.
Denn die Drittunterwerfung gemäß Abschlusserklärung vom 24.07.2009 war bereits vor den
beiden hier maßgeblichen Abmahnungen erfolgt, so dass bereits zuvor auch die
Wiederholungsgefahr entfallen war. Es bestand kein Unterlassungsanspruch der Klägerin
mehr. Die Abmahnung (durch die beiden diesbezüglichen Schreiben) war unberechtigt. Eine
andere Beurteilung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil der Beklagte in diesem
Zusammenhang pflichtwidrig seine Aufklärungspflicht verletzt hat (dazu näher unter II), die
Annahme der Abmahnung verweigert und auch nicht mitgeteilt hat, dass die Drittverpflichtung
bereits vorlag. Im anschließenden Kausalverlauf hätten die Abmahnkosten nicht mehr
abgewendet werden können. Hätte der Beklagte die Post angenommen und diesen Hinweis

gegenüber der Klägerin erteilt, hätte dies nicht mehr dazu geführt, dass die Abmahnung irgendwie doch noch begründet wäre. Diese war von Anfang an infolge Wegfalls der Wiederholungsgefahr unberechtigt. So konnten durch die Erfüllung der Aufklärungsverpflichtung jedenfalls keine Abmahnkosten mehr vermieden werden.

II. 19

Anders verhält es sich im Hinblick auf die Verfahrenskosten, die die Unterlassungsansprüche betreffen. Über diese Kosten ist gemäß § 91 a ZPO nach billigem Ermessen und Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu entscheiden. Unter Berücksichtigung einer Aufklärungspflichtverletzung des Beklagten ist es insoweit gerechtfertigt, ihm insoweit die Kosten aufzuerlegen. 20

1. 21

Insoweit ist zunächst davon auszugehen, dass die Abmahnungen in der Sache grundsätzlich berechtigt waren. 22

Die Angabe in der Anzeige des Beklagten "Ihre Nr. 1 im Münsterland" ist irreführend. Behauptet wird im Kern unter Hinweis auf "Höchstpreise für Ihr Gold" eine Alleinstellung des Beklagten im Münsterland. Eine solche liegt tatsächlich nicht vor. Der Beklagte ist im Münsterland nicht die Nr. 1. Es liegt eine Irreführung vor i.S.v. §§ 3, 5 UWG. 23

Auch die Angabe "(...) Bis zu 26 € pro Gramm Gold" ist irreführend i.S.v. §§ 3, 5 UWG. Es mag zwar grundsätzlich zulässig sein, einen "bis zu" Preis im Sinne einer Obergrenze anzugeben (vgl. Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, 28. Aufl. 2010, § 5 Rn. 7.101). Die Ankündigung muss jedoch wahr sein. Und der Höchstsatz darf nicht nur bei einem unbedeutenden Teil des Gesamtangebots ins Gewicht fallen. Vorliegend wird jedoch die streitgegenständliche Angabe hervorgehoben und zunächst auch uneingeschränkt getätigt, nämlich ohne den Zusatz "bis zu". Erst in einer kleinen Sternchenauflösung findet sich diese überaus gravierende Einschränkung. Insofern ist schon fraglich, ob diese Sternchenauflösung vom Verbraucher überhaupt entsprechend mitgelesen wird. Sodann gibt es beim Gold verschiedene Legierungen, beispielsweise 333er, 575er, 750er und 999er Gold, wie dies auch neben dieser Werbeaussage steht. Der im Detail unkundige Verbraucher wird die Angabe des gebotenen Preises von daher zu einem erheblichen Teil auch auf alle Legierungen beziehen. Jedenfalls kann insoweit nicht festgestellt werden, dass das 999er Gold, für das der genannte Preis geboten war (wie bei bestimmten Münzen, Goldbarren), überhaupt in entsprechend maßgeblichem Umfang gehandelt worden ist. Der angesprochene Höchstsatz fiel so allenfalls bei einem nur unbedeutenden Teil des Goldankaufs ins Gewicht. 24

2. 25

Alsdann war zum Zeitpunkt der Klageeinreichung wegen der vorherigen Abschlusserklärungen gegenüber dem Gläubiger Weber zwar kein Anspruch auf Unterlassung mehr gegeben; denn die Drittunterwerfung führt bekanntermaßen (seit BGH GRUR 1983, 186 – Wiederholte Unterwerfung I) zum Wegfall der Wiederholungsgefahr gegenüber allen potentiellen Unterlassungsgläubigern. Das heißt, die Klage hätte insofern grundsätzlich keinen Erfolg haben können. 26

Indes ist im Rahmen von §§ 91 a, 93 ZPO ebenfalls zu prüfen, ob der Beklagte zur Verfahrenseinleitung durch Verletzung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht Anlass gegeben hat. Dies war bezogen auf beide Streitgegenstände der Fall. Der Beklagte hat für 27

die Verletzung seiner Aufklärungspflicht nach § 280 I BGB für den Schaden einzustehen, der der Klägerin nunmehr dadurch entstanden ist, dass diese in Unkenntnis der Drittunterwerfungen vor Gericht gezogen ist bzw. letztlich ziehen musste. Der in Ansatz zu bringende Schaden besteht in den überflüssiger Weise aufgewandten Kosten des eingeleiteten Verfahrens (vgl. Ahrens-Spätgens, 6. Aufl. 2009, Kap. 4 Rn. 19, 21 m.w.N.), um die es hier noch geht. Eine Pflicht zur Aufklärung ist zu bejahen, wenn der Verletzer abgemahnt worden ist und nunmehr erkennen kann, dass beim Anspruchsteller aufgrund diesem nicht bekannter Umstände (hier die erfolgte Drittunterwerfung) Nachteile (insbes. Kostennachteile) entstehen.

Entsprechendes gilt im Streitfall, auch wenn die Abmahnungen den Beklagten tatsächlich nicht erreicht haben. Denn der Beklagte hat den Zugang der – hier vier – Abmahnschreiben durch Annahmeverweigerung vereitelt. Hierdurch kann er nicht besser gestellt werden, als wenn er in redlicher Weise die Abmahnungen entgegengenommen hätte. Nach § 242 BGB muss sich der Empfänger bei unberechtigter Annahmeverweigerung so behandeln lassen, wie wenn ihm die Erklärung zugegangen wäre (BGH NJW 1983, 929; Palandt-Ellenberger, BGB, 69. Aufl. 2010, § 130 Rn. 18; Bornkamm, a.a.O., § 12 Rn. 1.34a). Genau so liegt der Fall hier. Durch die Verweigerung der Annahme hat der Beklagte die Klägerin erkennbar ins sog. Kostenmessen laufen lassen. Die Belastung der Klägerin mit den Verfahrenskosten, die ohne weiteres vermeidbar gewesen wären, wäre insofern unbillig. Die Haftung hierfür liegt vielmehr infolge Aufklärungspflichtverletzung beim Beklagten. Dieser hätte das gerichtliche Verfahren ohne nennenswerte Beeinträchtigung seiner Interessen und ohne Schwierigkeiten, wenn er die Abmahnungen entgegengenommen und die Klägerin auf die Abschlusserklärungen hingewiesen hätte, abwenden können. Die treuwidrige Vereitelung des Zugangs der Abmahnungen muss zu seinen Lasten gehen. Ansonsten wäre auch einer unredlichen Verteidigung des Verletzten Tür und Tor geöffnet. 28

Schließlich kann demgegenüber auch nicht eingewandt werden, das gesetzliche Schuldverhältnis aus der Abmahnung, das die Aufklärungspflicht begründet, sei wegen des Wegfalls der Wiederholungsgefahr infolge der Drittunterwerfung wieder beseitigt, mit der Folge, dass eine Pflicht zur Aufklärung nicht mehr bestehen würde. Diese Annahme wäre gerade sinnwidrig und würde den Schuldner, der die Notwendigkeit zur gerichtlichen Geltendmachung auf Seiten des Gläubigers sieht, unbillig aus seiner auch durch den Verstoß begründeten Verantwortlichkeit entlassen. 29

3. 30

Nicht tragfähig ist schließlich der Einwand und die Argumentation des Landgerichts (unter Hinweis auf Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 130 Rn. 16), dass vorliegend eine Annahmeverweigerung durch einen Empfangsboten erfolgt sein könnte. Empfangsbote ist, wer vom Empfänger zur Entgegennahme von Erklärungen ermächtigt worden ist oder nach der Verkehrsanschauung als ermächtigt anzusehen ist, Willenserklärungen oder diesen gleichlautende Mitteilungen mit Wirkung für den Erklärungsempfänger entgegenzunehmen (BGH NJW 2002, 1565; Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 130 Rn. 9 mit entsprechenden Beispielen). Dieser mag ermächtigt, aber nicht verpflichtet sein, die betreffende Erklärung in Empfang zu nehmen. Für die Involvierung eines Empfangsboten gibt es im Streitfall aber überhaupt keine Anhaltspunkte. Die hier fraglichen Sendungen gingen an den Beklagten unter seiner Geschäftsadresse. Dass hier überhaupt irgendein Empfangsbote beteiligt war, ist weder ersichtlich noch in irgendeiner Weise vom Beklagten, in dessen Sphäre sich die Annahmeverweigerung abgespielt hat, konkret vorgetragen. Er hat sich zwar schriftsätzlich abstrakt auf die Figur des Empfangsboten bezogen. Er hat hierzu aber tatsächlich überhaupt 31

nichts vorgetragen. So ist auch irgendein bestimmter Empfangsbote nicht personalisiert und namentlich benannt. Es spricht insofern nichts dafür, dass die Abmahnungen, und zwar alle vier, entsprechend tatsächlich nur an eine dritte Empfangsperson gelangt sind. Mangels entsprechenden Tatsachenvortrags bedarf es einer gerichtlichen Aufklärung hierüber nicht. Vielmehr ist von unberechtigten Annahmeverweigerungen von Seiten des Beklagten auszugehen.

III. 32

Die prozessualen Nebenentscheidungen und die Kostenquote beruhen auf §§ 92 II, 91 a, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 33

Eine Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, § 543 ZPO. 34